

[駒沢女子大学 研究紀要 第23号 p. 15 ~ 27 2016]

EU における「法の一般原則」の行為規範性 (一) －基本権保障問題を契機として－

福 王 守*

General Principles of Law as a Norm of Conduct in EU (1); as Viewed through the Protection of Fundamental Human Rights

Mamoru FUKUOH*

Abstract

This paper tries to throw light on the significance of the “General Principles of EU Law” as a norm of conduct in international law. Part 1 is about “the general principles of law recognized by civilized nations” in the Positivistic International Law as the norm of decision.

Since 19th century in the modern international courts, it was not enough for the courts to judge only by treaties and customary international law. But, they have never declared “*Non Liquet*” because of the lack of them. In this point, the analogies of the national law principles to the international law have played the very important role. This practice has finally lead to “the general principles of law recognized by the civilized nations” provided in the statute 38-3 of the Permanent Court of International Court of Justice (PCIJ). And as far as judging from the practice until the time of the statute 38-1 (c) of International Court of Justice (ICJ), “the general principles of law” have been considered only as the norm of decision because of the lack of ordinary state practice.

問題の所在

I 裁判規範としての ICJ 規程第38条 1 項 c

1. 実定国際法における行為規範と裁判規範
2. 一般国際法における「法の一般原則」の位置づけ
(以上本号)

II EU 法における「法の一般原則」の行為規範的性格

1. EU 法の欠缺と基本権保障のあゆみ
2. 「法の一般原則」の行為規範的性格

小 結

問題の所在

今日における国際法は、主に欧米諸国を中心として発達してきた。市民革命と産業革命を経た資本主義構造の近代市民社会において、近代国際法はヨーロッパ公法として展開されてきたのである。その基本は実定法であり、国際法学も実定法たる条約と慣習国際法のみを国際法の形式的法源として捉えた。両者とも、通常の家
国家実行を規律する行為規範であるとともに、裁判時の判決準則たる裁判規範としての性格を備

*人文学部 国際文化学科

えたものとして把握されてきたのである。その一方で、19世紀後半以降の近代国際裁判では、創始期より両者のみでは紛争解決には不十分であることが認識されてきたが、一度も適用法規不在による裁判不能が宣言されたことはなかった。

ここにおいて、重要な役割を果たしてきたのが国内法原則の国際法への援用（類推適用）であり、同実践は1920年の常設国際司法裁判所規程第38条の3において、「文明国が認めた法の一般原則」として結実した。当初、同規定は当該事件の裁判規範として位置づけられていたにすぎず、通常の家国実行を規律する行為規範としては見なされていなかった。また、国際司法裁判所時代に入ってから本原則が裁判の直接的な判断基準として用いられたことはない。しかし、同規程が設置されてから約1世紀になろうとする現在において、いわゆる「法の一般原則」概念自体はより多義的になりながら、様々な国際裁判を通じて用いられてきている。この点を踏まえ、本稿ではEU法における「法の一般原則」の実践に着目したい。近代国際法の母体となった欧州では先駆的な国際法の実践が見られるとともに、同機構の基本権規定が設置されていく長期過程において、同原則概念が裁判規範に留まらない役割を果たしてきているのである。その上で、実定国際法学における法の一般原則概念の規範的性格について改めて基礎的な考察を試みることにする。

I 裁判規範としての ICJ 規程第38条 1 項 c

1. 実定国際法における行為規範と裁判規範

(1) 実定国際法学における形式的法源と実質的法源

a. 実定法学と自然法学

法の一般原則概念の今日の性格を再検討するにあたり、前提として同原則概念が実定国際法

学においてどのように位置づけられてきたのかを検証する必要がある。ここでは、自然法学と実定法学のそれぞれから「法源」および「規範」の捉え方の違いを確認する。

一般に法の背景となる社会とは、他者との協力と共存を必要とする社会として把握される。法は社会規範の一つである。規範とは、命令要素を含む理念としての当為の法則であり、社会規範とは社会生活を営む上で従うべき価値規準を意味する。また、「法源 (sources of law)」とは法の現れ方を意味する多義語であるが、その捉え方は自然法学と実定法学において大きく異なる¹。

また、自然法と実定法は歴史的に深い関連性をもちつつも対立する法概念として把握され、諸学者間で議論されてきた。いわゆる自然法学または自然法理論は、時代と国情により論理的にも機能にも異なって展開されているものの、およそ近代以降の自然法とは人間理性に基づいて構成される、普遍的に正しい永久不変の法として定義されてきた。よって、法源とは法の拘束力が導かれる根源として捉えられるため、理性に基づく正義・公平・公正自体が法として認識される。自然法学は、実定法を基礎付ける上位の法として自然法の存在を認める²。この立場は、古代ストア哲学、中世カトリック哲学および近代合理主義哲学において展開されている³。

次に、実定法学または法実証主義とは、実定法のみを法と認めて経験的考察と形式論理により理論構成をしようとする立場である⁴。実定法は人定法とも呼ばれ、国家機関による制定行為に代表されるように、経験的事実に基づき人の手によって成立した法を意味する。実定法学は、近代自然法論の矛盾を克服しようとする中で発達してきた。近代自然法論は人間理性に基づく近代国家のあり方を演繹的に提示したものの、現実生活や歴史から乖離した法典の編纂や

フランス革命に伴う恐怖政治と革命裁判は、権力者による独裁的な社会支配を生み出すに至った。すなわち、人間理性も異なる時代や社会において個々に差異をもつ人間によって考え出されたものであるため、これに基づく自然法も絶対的な基準とはなりえなかったのである⁵。このため、18世紀後半の市民革命を経た近代市民等は国家に優先する市民の自由と平等の実現に向けて、経済競争の自由を本質とする「資本主義構造」を市民自らが営むという「私的自治原則」を旨とした社会を形成してきた。

かかる市民社会の安定に向けて、資本主義構造からは経済的側面における予測可能性と政治的側面における合理的支配が要請されたため、法のあり方についても客観性、明確性および合理性が求められることとなった。これを充たすものが実定法であり、特に私法分野における国家制定法が高度に発達することとなった。したがって、市民社会の要請の下で実定法を重視する観点からは、客観的な存在形式を備えた法素材が形式的法源として把握されてきたのである⁶。なお、日本のような成文法主義国において、形式的法源は、一般に成文法（制定法）および慣習法が当てはまる。なお、民事法分野で法欠缺時に形成される判例法も形式的法源に含まれるが、条理は含まれないと解される⁷。

b. 実定国際法学における形式的法源と実質的法源

では、法実証主義に基づく実定国際法学において法源はどのように捉えられてきたのか。国際法分野における法源は、およそ実質的法源と形式的法源に大別されている。前者は例えば法定立行為や立法者のように、主に法を発生させる行為や主体を動態的に把握した表現である。また、後者はその結果として現れた法の存在形式を静態的に把握した表現である⁸。

今日まで国際法学の中心を担ってきた実定国際法学について、ローターパクト(H. Lauterpacht)は、20世紀の早い段階において理論的および実務的観点から批判的に検証している⁹。その分析によれば、自然法論者は自然法が主要な諸国民の法の淵源であるとする。他方、国際法における実定法学派は「自足性(self-sufficiency)」を主な前提とする¹⁰。ここから国家主権原理が生じ、国際法において当該主権原理はおおよそ次のような2つの側面をもって現れる。第1は、絶対的な法的小および道徳的価値の実体としての国家概念の側面である。これによって、国際法が合法的に存在するのは、自国の自己保存や発達に役立つ限りにおいてであることが理由付けられる。ゆえに、第2には、厳格な実定法主義原理として、国際慣習や条約によって認められた諸規則だけが国際法の排他的な淵源であるとする側面が導かれるのである¹¹。

このように、近代ヨーロッパ市民社会を背景とした実定国際法学は、それぞれが最高であるがゆえに対外的な独立権を有する主権国家を法主体とする。かかる国家間の合意を前提として、国際法の現れ方（存在形式）としての国際法定立の方法および手続が形式的法源として把握されてきた。ゆえに、この意味の法源としては、国家間の明示的合意の方法および手続によって成立する条約と、国家間の黙示的慣行の合致によって成立する慣習国際法に限定されてきたのである¹²。特に、19世紀後半期の厳格な法実証主義的見解によれば、形式的法源を通じて実定国際法の体系が完結したものとしてみなされていた。

ただし、大戦後における国連による国際法の法典化作業が進められる中で、従来独立していた条約と慣習国際法の関係はより相対化されるに至っている。そのため、現代国際法では「法」と「非法」の関係も相対化される傾向が認めら

れると指摘される。例えば国際法の形成という動態的な観点からは、「ソフト・ロー (soft law)」、「衡平」および「国家の一方的措置」等が実質的法源として把握されてきている¹³。特に、ソフト・ローとは、「既存の法 (hard law)」に対して非拘束的合意、プログラム法および形成途上の法と呼ばれ、1960年代後半から用いられてきている法概念である。これは法における拘束力の低いもの、または非法における何らかの法的拘束力の窺えるものを意味するとされる。前者については、条約規則中の努力・交渉・協力義務等のような、拘束力や義務性の弱いものが当てはまる。また、後者については規範性をもった国連の決議や文書等がこれに当たるとされる。これらは、決議の規範的性格、文書の反復効果等から将来的に国家実行と法的確信を経た慣習国際法化が期待されている¹⁴。これらは法と非法の中間の段階にあるものとして把握され、法の段階へと引き上げられる過程を通じて評価されつつある。

(2) 実定国際法学における行為規範と裁判規範

a. 国内法体系における行為規範と裁判規範
次に、実定国際法の形式的法源である条約と慣習国際法について、国内法との比較から法規範としての性格を検証する¹⁵。一般に法とは、国家の組織的政治権力たる政府によって強行される社会規範である。法には多く道徳的な規範が含まれているが、「社会規範 (行為規範)」たる道徳規範の効力が内的に義務意識によって担保されるのに対し、「強制規範 (裁判規範)」たる法規範の効力はさらに外的に政治権力によって保障されている。ゆえに道徳とは異なり、社会規範と強制規範が結びついた二重構造が法の姿であるといわれる¹⁶。

また、近代以降における欧米の市民国家は、

国民一人ひとりを人格の担い手として尊重するという「個人の尊厳」の実現を国家の究極目標とし、これを憲法の基本原理とした。ここにおける不可侵の個人の人格とは、道徳上の抽象的な内容にとどまらない。これは適正な手続きを経て公的に確保すべき具体的な内容を意味する¹⁷。かかる国家は、個人の尊厳を基本原理とする立憲民主主義原理を特徴とする。これは、国民の自由意思による自己決定を旨とした「自由主義原理」と、治者と被治者の同一性を旨とした「民主主義原理」に基づき、憲法の枠組みの中で政治を行う価値原理である¹⁸。

また、立憲民主主義では個人の尊厳の具体的な内容を自由・平等に代表される基本的人権として捉え、これを確保しようとした (基本的人権の保障原理)。かかる基本的人権を確保する補助手段として、国家の権力行使に関する最終意思決定権が国民に与えられている (国民主権原理)¹⁹。それは、全国民が憲法を承認するという「正当性の要素」のみならず、憲法制定後の権力行使の最終意思決定権を有権者が掌握するという、「権力性の要素」をも意味する²⁰。さらに、個人の尊厳原理からは、国民主権との深い関連性をもって、立法・行政・司法といった統治権力を分散させることが求められている (権力分立原理)。これは、国家権力の抑制と均衡その濫用を防ぎ、国民の人格を踏みにじらないことを目的とする²¹。これら3原理は基本原理たる個人の尊厳から導かれる派生原理である。このような国内社会は、一般に平和裏に安定した必然社会として捉えられ、憲法により規律された集権的な構造をもつといえる。

したがって、国内法上は行為規範のうち裁判を通じてその利益を実現できるものが、さらに裁判規範として把握できる。このように、形式的法源としての国内法規範とは、基本的に双方の規範が一体となったものとして理解されてい

る。

b. 実定国際法学における行為規範と裁判規範

これに対して、国際社会には全ての国家を包括的に規律する憲法が存在しないため、同様に全ての国家に上位する統治機構は存在しない。上述の通り、一般的に国際社会は法実証主義的観点から主権国家を前提として把握されてきた。国家の自足性を前提とした国家の最高性、独立性および平等性を尊重する点において、今日まで国際法と国内法は依然として事実上の二元的な関係を保ってきたといえる²²。実定国際法学の視点からは、国際社会は主権国家の意思が合致する範囲で成立する合意社会として把握され、個々の国際法を通じて規律された分権的な構造をもつといえる。ゆえに、国内法秩序とは異なり、実定国際法学においては裁判規範が必ずしも日常の国家実行を規律する行為規範とはいえず、厳密に両者の性質を備えた規範は条約と慣習国際法に限定されてきた²³。

なお、国内法の統治機構との比較において、国際社会では統一的な立法・行政・司法機関が存在しないため、法の本質たる強制力という側面から捉えた場合、実在的強制（実効性）の点では国内法に比べて国際法は未熟な法である。しかし、当為的強制（妥当性）の点では国内法に劣ることはない。また組織的な統一性を持った権力の法としての国内法に対して、より広く調整および相互交流の法としての性格が国際法には認められる²⁴。そのことは、諸国家の実行からも窺える。すなわち、行為規範としての「国際礼讓（international comity）」に対する違反の場合には、相手国にはそれと同程度の国際礼讓違反で報いる「報復（retortion）」が認められる一方、さらに一歩進んだ法違反行為の場合には被害国には同じ程度の国際法違反に対応する「復仇（reprisal）」が認められてきたのである²⁵。

2. 一般国際法における「法の一般原則」の位置づけ

（1）PCIJ 規程への「法の一般原則」概念の導入

a. 実定国際法の欠缺に伴う裁判不能への対応
さて、実定国際法学の実践をめぐっては、従来からその不完全性が指摘されてきた。ローターバクトによれば、「最近の定式化において見られるような現代法実証主義は、国際法上の一貫した体系を構築しうる基礎を与えておらず、また、実定法学者自身が国際法における自らの解説において、その基礎に対して実効性を与えることができない」のである²⁶。理論面において、国際法の唯一の淵源である諸国家の意思という教義は、国際法概念全般および条約の拘束力を一貫して基礎づけることができない。特に、条約を締結する際に締約国の意思を超えて無前提的に遵守されるべき「合意は守られなければならない（*pacta sunt servanda*）」原則を、法実証主義では十分に説明することができない。また、国家実行の面では近代以降の様々な国際仲裁裁判例からも明らかなように、国際紛争の司法的解決にとって条約および慣習国際法だけでは、もはや不十分なものと諸政府が見なしてきているとする。特に、1794年の「ジェイ条約（The Jay Treaty）」以来の近代国際裁判の場面において、実定国際法の欠缺を理由として「裁判不能（*non liquet*）」が宣言されたことは一度もなかった。なぜならば、両当事者に共通な適用法規が存在しない場合でも、裁判所はそれら以外の「正義」や「衡平」といった裁判基準を用いて審理を行ってきたからである。

さらに、ローターバクトは、裁判不能を回避できた本質的要因として、紛争当事国争国に共通な「国内私法」の類推を指摘している。すなわち、その事実は19世紀以降の近代国際仲裁裁判において顕著である。国際仲裁裁判における

私法の取扱いの重要性を考える上で重要な先例は、ジェイ条約下で構成された「英米仲裁委員会 (the British-American arbitration commissions)」に始まる。ここでは「損害賠償の測定方法や裁判所の自己管轄の決定権といった委員会審議の中心問題に対して、国際法上の確立した規則として認められるまで1世紀を要した解決策が受け入れられて」いる。これ以後の「19世紀における莫大な件数の小規模仲裁裁判は、問題解決に際して私法の適用に依拠していた」のである。その傾向は、損害賠償、時効、自白等についての問題において著しかった。特に、1871年の「アラバマ号仲裁裁判 (the Alabama arbitration)」では、損害賠償の測定及び利害関係の受容性等が中心問題となっている。ゆえに、同事件を管轄したジュネーブ裁判所は、「諸国家に適用されるものとしての『相当の注意 (due diligence)』の意味と範囲についてだけでなく、ローマ法において知られる『過失 (culpa)』の様々な形態について扱わねばならなかったのである」。このことから、「仲裁裁判所が私法の適用の問題についての何らかの形式に関与するように要求されなかった事件はほぼ稀であった²⁷⁾」。

なお、本稿では法の区別の標準としては法学上の通説たる修正法律関係説に基づいて、国家統治権の発動に関する法を公法とし、それ以外の法を私法と区別する²⁸⁾。

b. PCIJ 規程における「法の一般原則」の明文化

こうした国内私法原則類推による裁判不能回避の実践は、1920年に国際連盟とともに発足した常設国際司法裁判所 (PCIJ) の下で結実した。同裁判所の設立条約たる常設国際司法裁判所規程 (PCIJ 規程) 第38条の3において、条約と慣習国際法に続く第3番目の裁判の基準として

「文明国が認めた法の一般原則」が導入されたのである。同規定設置をめぐる議論からは、実定国際法学が妥協的に採用した同原則概念の全体像が把握できる²⁹⁾。

PCIJ 規程は、国際連盟理事会の任命を受けた10名の「法律家 (諮問) 委員会 (the Advisory Committee of Jurists)」によって起草された³⁰⁾。裁判所における適用法規の基準について、委員長であるベルギーのデカン (Descamps) は条約、国際慣習に続く第3と第4の基準を次のように提案している。第3は「文明諸国民の法的良心により認められたものとしての国際法の諸規則 (The rules of international law as recognized by legal conscience of civilized nations)」であり、第4は「法の適用及び発展のための手段としての国際法学 (International Jurisprudence as a means for the application and development of law)」である³¹⁾。すなわち、第3の諸規則は、国家によって捉え方の異なる二次的な重要性をもった「正義の諸原則 (the principle of justice)」に留まらない³²⁾。これは、「すべての人類の心に深く刻み込まれた正義と不正義に関する根本法であり、それは文明諸国民の法的良心の中に、もっとも崇高な、かつ、もっとも権威的な表現を与えられているものである」。また、本原則は「文明諸国民の法的良心による命令 (the dictates of the legal conscience)」であり、権威ある法律学者の一致した教義と文明諸国民の法的良心によって確認されたかぎりでの「客観的正義の法 (the Law of objective justice)」であるとされた³³⁾。デカンによれば、裁判官が自己の主観的な判断で正義と考えるものによって裁判することには強く反対である。しかし、それを越えた客観的な「法の一般原則」が存在していることは認めなければならない、裁判不能を避けるためにはかかる一般原則を援用するこ

とがぜひ必要であって、国際裁判ではこれまで一般に行われてきたとした³⁴。

この提案に対して、まず疑問を提起したのがアメリカのルート（Root）であった。彼は、「第3項の正しい意味は理解できない。特に第3項と第4項は裁判所の管轄権の拡大を認めることになる。実際に、国家に対し裁判所の強制管轄権を受け入れさせるためには、その管轄権は明らかに限定されたものでなければならない。そのためには裁判官は条約や実定国際法に含まれている他のルールのみを適用すべきである。大国が認めないルール、特に、自国が反対しているルールによって紛争が解決することは絶対にありえない」と述べた。また、この考えに近かったのがイギリスのフィリモア（Phillimore）である。彼によれば、「法の一般原則」とは「手続上の若干の原則、信義の原則、既判力の原則等のように、全ての国家によって『国内裁判上（*in foro domestico*）』認められているもの」とされる。その他の委員は大体において原案に賛成であったが、ノルウェーのハーゲルupp（Hagerup）は中立5カ国（スウェーデン、ノルウェー、デンマーク、オランダ、スイス）の共同提案に倣って、条約や慣習国際法がない場合には「裁判所の意見において、国際法規たるべきもの」に基づいて判決することを認めるのが良いと主張した。

結局、これらの委員会の討議を考慮してルートが修正案を提出することになり、彼がフィリモアと協議して作った修正案が委員会で採択された。その結果、「文明諸国で認められた法の一般原則（the general principles of law recognized by civilized nations）」という表現に改められたのである。この草案は、法律家委員会によって採択された後に国際連盟の理事会と総会の審議に付されたが、いずれにおいても根本的な修正はなく、そのまま裁判所規程に採用さ

れた（第38条の3）。そして、第38条後段において「本規定は、当事者の合意がある時は、裁判所が衡平と善に基づいて決定する権能を害しない」という規定を加えることとなったのである³⁵。

ここにおいて、PCIJ 規程起草ときに意図されていた「文明国（Civilized Nations）」とは、「ヨーロッパにおけるキリスト教文明諸国」であるといえる。当時のヨーロッパ諸国に共通した法文化的背景には、かつてキリスト教とともに普及した「ローマ市民法（*jus civile*）」が存在している³⁶。かつての市民法は自然法の要素を備えつつも、後のキリスト教的ヨーロッパ文明諸国における共通の国内私法原則として、存続し発展していったのである。したがって、PCIJ 規程第38条の3としての「文明国が認めた法の一般原則」の原義とは、およそローマ市民法に由来する「ヨーロッパ・キリスト教諸国に共通な国内私法原則」として把握することができる。

（2）裁判規範としての ICJ 規程第38条1項c

a. PCIJ および ICJ における実践

PCIJ は主に1920年代を通じて、第1次世界大戦をめぐる様々な戦後処理裁判に尽力した。また、以前の国際仲裁裁判ほどの直接的な引用を避けつつも、国内私法原則は比較的多く援用されている。ただし、これらの諸原則も明示的に「文明国が認めた法の一般原則」としては適用されていない。

PCIJ から第2次大戦後の復興期における国際司法裁判所（ICJ）までの事例を詳細に分析したチェン（B. Chen）によれば、法の一般原則は以下の4つに分類されている。これらは「自己保存の原則（self-preservation）」、「信義誠実の原則（good faith）」、「責任概念（concept of responsibility）に関する原則」および「司法手

続 (judicial proceedings) に関する原則」である。「ICJ 規程第38条 1 項 c の採用は、国内法体系のように、国際法が多く の定式化されていない諸原則を含んでいるとする見解を支持するものである。」しかし「文明諸国側の承認という要素は存在しつつも、通常の慣行の必要性は欠けている³⁷⁾」。

また、20世紀以降の国際仲裁裁判および司法裁判においては、とりわけ「責任概念に関する法の一般原則」が多く適用され、個々の原則が具体化されてきている³⁸⁾。すでに近代国際仲裁裁判例を通じて、ローターパクトは「対応する私法上の原則を採用する必要性は、一層大きな明確性をもって国際不法行為に対する国家責任の理論において示される」と指摘している³⁹⁾。また、チェンによれば「本概念は、その真の意味においては本質的に国内私法における責任と類似している。その本質とは、法違反行為を行うあらゆる法主体に義務を課している点にある⁴⁰⁾」。

これらの理由としては、以下の2点が指摘できよう。第1に、近代国際法の形成過程においては家産国家的な観念が支配的であり、現象形態の上で国家相互の関係が私人相互の関係に極めて類似していたことである⁴¹⁾。第2に、これまで国際公益の観念が未成熟であり、違法行為による侵害は対等な国家間関係の侵害と考えられていたことである。このために、違法性の救済には国内法上の私法関係に類似して被害に基づく損害賠償という形でなされることが多かった⁴²⁾。

したがって、国家責任をめぐる国際裁判例からは時代の経過とともに個々の「法の一般原則」の内容がより具体化されていく過程が窺えるのである。例えば「相当の注意義務 (due diligence, *diligentia quam in suis rebus*)」違反のような国際法違反行為からはさらに「完全な回復 (integral reparation)」を行う義務が導かれ

ている。それは「正当な補償 (just compensation)」を回復の範囲とし、「原状への回復 (restitution, *restitutio in integrum*)」を目指した「金銭賠償 (monetary compensation)」義務であることがほぼ明らかにされてきている⁴³⁾。

さらに、第二次大戦後に設立された国際司法裁判所 (ICJ) は、国連の一機関として PCIJ の機能を強化する形で引き継いでいる (国連憲章第92条)。設立条約たる ICJ 規程第38条では明確に第1項と第2項が分離され、「文明国が認めた法の一般原則」は第1項 c として規定された。第1項における適用法規とは、a. 条約、b. 慣習国際法、c. 「文明国が認めた法の一般原則」、d. 法則決定の補助手段としての判決および学説、である。また、PCIJ 規程において後段に併記されていた「衡平と善 (*ex aequo et bono*)」は、新設の第2項に規定されている⁴⁴⁾。

ただし、戦後における裁判所への提訴件数が増加する一方で、本原則が判決の直接的基準とされることはなかった。国家責任をめぐる若干の裁判例において、国内私法の原則が援用されるにとどまっているのである⁴⁵⁾。これには次のような内在的な原因が考えられる。第1に、本原則の起源たるローマ市民法が私法を中心とした実定法とされながらも、まだ公法とは十分に分化されておらず、また自然法の要素も含まれていた点が挙げられる。第2に、PCIJ 規程設置当時の文明国概念について、これが今日的規模にまで拡大した国際社会の概念に当てはまらなくなったことが挙げられる。

したがって、この内在的な矛盾に対する対応の遅れは、審理の予測性の欠如をもたらし、裁判自体の信頼性に不安定な要素を提起することとなった。すでに1960年代には、賠償責任を争点とする訴訟につき、特に国際的な政治力に劣る途上国が裁判付託を躊躇する傾向にあることが指摘されている⁴⁶⁾。こうして、戦後の ICJ の

実務において「文明国が認めた法の一般原則」は次第に裁判規範としての適用場面からも遠ざかることになった。

b. 裁判規範としての「法の一般原則」

以上、「法の一般原則」概念について、PCIJ 規程第38条の3の設置をめぐる経緯および大戦後における ICJ 規程第38条1項cの裁判実務に至るまでを検証した。これらに照らすならば、従来の厳密な実定国際法に基づく国際司法裁判において、「文明国が認めた法の一般原則」の規範性および法源性はおおよそ以下のように把握されてきた。

まず、本原則は具体的な国際紛争の司法的解決を目指す国際裁判において、適用すべき条約と慣習国際法が欠缺した場合に援用される国内法原則である。本原則は裁判の場面において適用される点で「裁判規範」であるが、具体的な個々の国内法原則はそれぞれ当該裁判においてのみ援用されるものである。このように、法の一般原則自体は裁判の場面においてのみ適用されるため、日常の国家実行を規律する行為規範とはいえない。

したがって、実定国際法学においては、法の一般原則を条約や慣習国際法と同じ形式的法源として位置づけることができない。本原則には行為規範性が欠けているからである。また仮に、既存の実定国際法が欠缺した裁判においてある国内法原則が法の一般原則として援用され、後に国際社会一般の国家実行を規律するようになった場合、当該原則はもはや法の一般原則ではない。すなわち、相当期間に及ぶ国家実行の反復継続という慣行によって新たに行為規範としての性格が備わり、これに対する自発的な遵法精神たる国家の法的確信が得られたと見なせる点において、当該原則は慣習国際法へと昇華したものと捉えられるのである⁴⁷。その意味に

においても、法の一般原則概念は国内法と国際法を連結する役割を果たすものといえる。

ただし、PCIJ 規程が設置されてから約1世紀を迎えようとしている現在において、国際社会の変化に伴って国際法および国際裁判は様々な分野に及んできており、法の一般原則概念もまた多義的に用いられるようになってきている。このような「国際法が変革過程にあるような時期には、法源論の本来の関心事項である立法的側面、すなわち国際法がいかに形成されるかという能動的契機の究明にその重点が移行」してきている⁴⁸。したがって、次章では地域的国際法分野ではあるが、法の一般原則概念の先駆的な適用が行われている旧 EC および現在の EU 法の法実務について検証を進めたい。

注

¹ 法源はおおよそ、哲学的法源、歴史的法源および形式的法源に分類される。哲学的意味の法源とは法の効力または拘束力の根拠を意味し、これには自然法、正義、主権者、人民の総意等が当たる。歴史的意味における法源とは、法の発生・形成の淵源であり、法の発展につき遡ってその淵源を求めるものである。これには個々の法制度の起源等が当てはまる。ここにおいて通常の意味で用いられるものが形式的法源である。これは法発見の源泉となるものをいう。例えば、刑法の形式的法源となるものは、刑法典およびその他の罰則である（団藤重光『法学の基礎』有斐閣、1996年、162-163頁）。

² 反封建的な近代啓蒙思想を背景として、18世紀の自然法思想は人間理性に基づく法の存在を説き、自由および平等の権利は自然法によって認められたとする。同理念は、15世紀から18世紀に至る専制君主制たる絶対主義からの解放を求めた市民革命の動機となり、アメリカ独立宣言（1776）やフランス人権宣言（1789）に影響を与えた。そして、実定法としての近代市民法の中核をなすフランス民法典（1789）においても、人間理性を本質とする「（個人の）人格の自由」とはいわば

基本的な価値原理となって、個人の自由意思に基づく経済関係を法的に保障することを旨とする「私的自治原則」を生み出すに至っている（粟田賢三・古在由重編『岩波哲学小辞典』岩波書店、1979年、66頁；眞田芳憲『法学入門』中央大学出版部、1996年、168頁以下；伊藤正巳・加藤一郎『現代法学入門（第4版）』有斐閣、2005年、141、208頁；内閣法制局法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典』有斐閣、1995年、585頁）。

³ 自然法学を代表する学者としては、古代ギリシャの哲学者として後の中世スコラ哲学に影響を与えたアリストテレス（Aristoteles、前384～前322）、近代国際法の父とされるグロティウス（H. Grotius、1583～1645）、および近代啓蒙思想を導いたロック（J. Locke、1632～1704）等が挙げられる（同書、9、326、586、1385頁）。

⁴ これには、一般法学、分析法学および純粋法学等が属するとされる（法令用語研究会『有斐閣法律用語辞典（第4版）』有斐閣、2012年、1038頁）。

⁵ その結果、ドイツでは法を民族精神の発現として捉えた歴史法学がザヴィニー（F. Savigny）らを通じて台頭し、理性的自然法論および法典化された自然法論は厳しく批判されるに至った。歴史法学は、法の根拠を民族の法的確信という社会心理的要素に求め、現行法についてローマ法を中心とした起源にまで遡って研究した点で評価される。ただし、その学問対象は、現に行われている法としての実定法であり、とりわけ私法とその法解釈の体系的構成の記述に留まっていた。この意味で、成文法の完全性を前提とした歴史法学は後に概念法学的法実証主義として批判されている（眞田芳憲、前掲書、175頁以下；伊藤正巳・加藤一郎、前掲書、209頁）。

⁶ なお、法源については、実際の法実務の観点から裁判官が裁判をするにあたって依るべき基準となるものとして捉える立場も存在する。これによれば、裁判官が制度的に従うべきものとされているものを「制度上の法源」とし、制定法および慣習法が当てはまるとする。また、これら以外の裁判規範として裁判官が事実上従っているものは「事実上の法源」とされ、判例、学説お

よび条理が当てはまるとされる。理論上は前者が議論の中心であるが、法実務において両者は密接な関係にある（同書、49頁）。

⁷ 成文法主義国の日本において、特に民事訴訟の場合には任意裁判における訴訟当事者の意思を尊重して、法の欠缺による裁判不能を宣言することはない。その場合に、一裁判における判断の根拠がその後の類似裁判においても踏襲して用いられることがある。これを判例法という。判例法が成立するためには、当該裁判の判断基準が相当期間にまで及び類似裁判においても反復継続されること、および裁判官にとって同基準に依拠することが自発性に法的義務として意識されること（法的確信）が必要である。ゆえに、いわゆる事実婚裁判における「内縁準婚理論」のように、判例法も客観的に認識しうる法素材として、形式的法源（または事実上の法源）の枠組みで捉えることができる。これに対して、条理は法の欠缺の際に用いられる手段ではあるものの、これを形式的法源と捉えることはできない。なぜならば、条理は「事物自然の道理（Natur der Sache）」を原義とするように、理性に基づく考え方の筋道を意味するため、裁判官が直接的な法判断を下す前提となる抽象的な心の作用として捉えられるからである。このため、条理はむしろ哲学的法源（実質的法源）と捉えることができる（同書、64頁；眞田芳憲、前掲書、313頁以下）。

⁸ 国際法学会編『国際関係法辞典』三省堂、1995年、291頁。

なお、ブラウンリー（I. Brownlie）によれば、「形式的淵源（formal sources）とは、一般に適用される規則の創造のための法的手続および方法で、出訴裁判所の記載事項に基づいて受範者を法的に拘束するものである。一方、実質的な淵源（material sources）は、諸規則の中で、証明されれば法的拘束力を備えて一般適用される地位をもつものの存在証拠を提供する」。たしかに「形式的淵源と実質的な淵源との区別を維持することは難しい」。しかし、「ある意味で『形式的な淵源』は国際法上に存在しない」。なぜならば「国内において法

を創造する憲法上の機構に相当するものが、国際法上の規則を創造するためには存在しない」からである。ゆえに「形式的な淵源の代用語および恐らくは同義語として、一般適用される規則が諸国家の一般的同意によって創造される、という原則が存在する」。このことから、実質的淵源とは「個々の規則または実行に関する国家間合意のあらゆる重要な存在証拠」であるとし、「国際裁判所の判決、国連総会の決議、および『法創造的な』多国間条約」等が例として挙げられている。また、「ICJ 規程第38条自体は『淵源』について触れておらず、また厳密に注目するならば淵源の直接的な列挙」とは見なせないとされる (Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., 1980, pp.1ff.)。

⁹ 拙稿「「法の一般原則」の今日的意義と問題点 (一)」『法学新報103巻9号』、1997年、114頁以下。

¹⁰ Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, p.7, 30.

¹¹ *Ibid.*, pp.43f., 298.

¹² 経塚作太郎『現代国際法要論 (補訂版)』中央大学出版部、1992年、71頁。

¹³ 国際法学会編、前掲書、291頁。

¹⁴ 後者のソフト・ローの例としては、1948年の世界人権宣言、1960年の植民地独立付与宣言および1974年の国家の経済的権利義務憲章等が挙げられている (同書、291頁、512頁; 横田洋三『国際法入門 (第2版)』有斐閣、2005年、27頁)。

¹⁵ 拙稿「裁判準則としての「法の一般原則」の法源性」『中央大学大学院研究年報第25号 法学研究科篇』1996年、13-14頁。

¹⁶ 川添利幸『法学概論』文久書林、1973年、1、8、12-13頁。

¹⁷ 例えば、日本国憲法第13条前段は、一人ひとりの人間が「人格」の担い手として最大限尊重されなければならないという趣旨であって、これは「人格の尊厳」ないし「個人の尊厳」原理を表している。第14条は「人格の平等」原理を規定しており、13条と14条と相まって、日本国憲法が「人格」原理を基礎とすることを明らか

にするものである。人格の尊厳原理は2つのことを要請する。第1に、およそ公的判断が個人の人格を適正に配慮するものであることを要請する。第2に、そのような適正な公的判断を確保するための適正な手続を確立することを要求するものである (佐藤幸治『憲法 (第3版)』青林書院、1995年、444頁; 根森健編著『資料集・人権保障の理論と課題』尚学社、2002年、38頁以下)。

¹⁸ 民主主義とは、自由主義原理を統治の側面から捉え直したものである。さらに、民主主義に基づく法治国家思想を支えるために、権力分立思想が主張されるに至る (末川博『法学入門 (第5版補訂版)』有斐閣、2001年、40-41頁)。

¹⁹ 一般に、主権理論をはじめて展開したのは、フランスの法学者であったボダン (J. Bodin) だといわれる。主権の絶対性は1576年の著書『国家論』において主張された。当時は絶対的な権勢を振るっていた旧教会権力に対する宗教戦争の最中であり、国家の統一が重要な関心事とされていた。彼は絶対君主制を前提として、主権概念を国家の絶対的かつ永続的な権力として捉え、その不可分性を説く。主権は立法権を中心に把握され、法は主権者の命令とされた。ただし、主権は絶対ではあるものの、主権者は神法・自然法に拘束されると理解されていた (阿部齊他編『現代政治学小辞典 (新版)』有斐閣、1999年、47頁; 田中成明他著『法思想史』、有斐閣、1988年、47頁)。

さらに、国民主権原理とは、絶対主義時代の専制君主の支配に対して、国民こそが政治の担い手であることを主張するための理論的根拠となったことに始まる。一般に主権概念は、国家権力そのもの (国家の統治権)、国家権力の属性としての最高独立性 (対内的な絶対性と対外的な独立性)、および国政についての最高の決定権という3つの意味で用いられる (芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 (第5版)』岩波書店、2011年、39頁以下)。

²⁰ なお、国民主権原理における権力性の要素を強調する考えは、ルソー (J. J. Rousseau) の人民主権論に始まるとされる。すなわち、同じ社会契約説に立脚しつつも、それを国家統治の正当性の根拠にとどまらなかつ

た点で、ホッブズ (T. Hobbes) やロック (J. Locke) とは異なる。ルソーによれば、主権は国家を構成する人民の共同利益に向けられた一般意思として把握される。さらに一般意思は立法意思と同一視され、それは全市民の参加によって行使されるものとみなされた (同書、41-42頁; 佐藤幸治、前掲書、58頁以下、98頁以下)。

²¹ これによって、国家権力は立法・行政・司法に区別・分離され、相互による「抑制と均衡」の保持が可能となった。特に個人の尊厳と民主主義との関わりから、西欧型の民主制は「立憲民主主義」と呼ばれる (芦部信喜、前掲書、277頁)。

²² Lauterpacht, *op. cit.*, p.7; vgl. Rudolf Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 4.Aufl., 1994, S.15ff.; 経塚作太郎、前掲書、118頁以下。

²³ 田畑茂二郎『国際法新講 (上)』東信堂、1990年、26頁以下; 松井芳郎他著『国際法 (新版)』有斐閣、1993年、16頁以下)。

²⁴ 経塚作太郎、前掲書、91頁以下。

²⁵ 田畑茂二郎、前掲書、25頁。

²⁶ Lauterpacht, *op. cit.*, pp.60ff.

²⁷ *Ibid.*, p.38ff.

²⁸ 伊藤正巳・加藤一郎編、前掲書、85頁、210頁以下。

²⁹ 拙稿「法の一般原則概念の変遷に関する一考察」『法政理論第39巻第4号』、2007年、276頁以下。

³⁰ 牧田幸人『国際司法裁判所の組織原理』有信堂、1986年、49頁以下; see, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Advisory Committee of Jurists*, 1920.

³¹ 住吉良人「文明国が認めた法の一般原則」『法律論叢48巻4・5・6号』、1976年、264頁以下; *Procès-Verbaux.*, p.306.

³² 田畑茂二郎『国際法 I』有斐閣、1973年、122頁。

³³ *Procès-Verbaux.*, pp.310f., 318, 324.

³⁴ デカンは、本原則を提案する根拠として、当時の条約規定に言及している。例えば、交戦国の捕獲審検所の上訴審検所に関する、1907年の「国際捕獲審検所 (International Prize Court)」設立条約は結果的に必要な批准を得られなかったものの、常設的な国際裁判所

設立に向けた最も初期の試みとして重要とされる。同条約第7条は、条約および国際慣習法が不存在の時には「正義と衡平の一般原則 (general principles of justice and equity)」を適用すべきとした。 (*Ibid.*, p.323; 杉原高嶺著『国際裁判の研究』有斐閣、1985年、166頁; 国際法学会編、『国際関係法辞典辞典 (第2版)』三省堂、2005年、320頁)。

さらに、デカンは1899年および1907年の「陸戦の法規慣例に関する条約 (Convention relative to the Laws and Customs of War on Land)」前文を挙げている。これはいわゆる「マルテンス条項 (Martens' Clause)」と呼ばれるものである。すなわち、条約上の規定が欠如した事項についても、「文明諸国間で確立された慣行、人道の諸法則および公共良心の要求より生ずる国際法の諸原則」の適用を受ける。本条項は大国主導で進められる法典化に対する、中小国の不満を緩和する目的で挿入されたとされる。マルテンスは法実証主義的立場に基づきつつも、歴史研究によって法規の発展法則を発見する必要性を説いた。すなわち、個人の権利の発展という点において国家生活と国際生活は目的を共有する。この前提に立脚し、文明国の国際法はより高度の発展段階にあるとみる一方、文明国と非文明国の関係は自然法の規則により処理されることになる (江藤淳一「国際法における欠缺補充の法理」『世界法年報第25号』、2006年、68頁以下; 国際法学会編、前掲書、821頁)。

³⁵ *PCIJ series D* (No.1), 1931, p.22.

³⁶ 筒井若水「現代国際法における文明の地位」『国際法外交雑誌第66巻6号』、1968年、38頁以下。

³⁷ Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, pp.23f., 29; 拙稿、前掲法政理論第39巻第4号掲載論文、279-280頁。

³⁸ 拙稿、前掲中央大学大学院研究年報第25号掲載論文、17頁以下。

³⁹ Lauterpacht, *op. cit.*, p.134.

⁴⁰ Cheng, *op. cit.*, p.389.

⁴¹ 田畑茂二郎、前掲書、126頁以下。

⁴² 栗林忠男『国際法』日本放送出版協会、1990年、120頁。

⁴³ ただし、「法違反行為とは、損害を被った当事者が再び『欠けるところのない状態になる (made whole)』になるための完全な回復を行う義務を含むものである」。すなわち、ここにおける回復とは「懲罰的損害賠償 (punitive damages)」を意味するものではない。ゆえに、実際に被った損害についての賠償を超えた「得べかりし利益 (*lucrum cessans*)」の賠償については、諸判決において慎重な態度が示されている (Cheng, *op. cit.*, p.234)。

⁴⁴ *ICJ Selected Documents Relating to the Drafting of the Statute*, 1946, p.22.

⁴⁵ 例えば「コルフ海峡事件 (Corfu Channel Case)」において、裁判所はアルバニア当局に対して、国際海峡に通じる領海内に機雷が敷設されている「急迫した危険 (imminent danger)」を航行船舶に警告する義務があるとする。これを怠ったことは「重大な不作為 (grave omission)」であり、一般私法上の不法行為要件としての「過失 (negligence, fault)」を構成する、と判示している (*ICJ Reports 1948*, pp.4ff.; *ICJ Reports 1949*, pp.4ff., 244ff.; 皆川洸編著『国際法判例集』有信堂、1975年、431頁以下、529頁以下)。

⁴⁶ 小川芳彦「国際裁判所と法の創造」『法と政治15巻4号』、1964年、19頁。

⁴⁷ 経塚作太郎、前掲書、84頁。

⁴⁸ 村瀬信也他著『現代国際法の指標』有斐閣、1994年、18頁。